

「法益」について

小林 憲太郎

- 1 法益には2種の観念がある
- 2 ここまで述べたことの具体的な展開
- 3 残された課題——とくに法益保護主義との関係で

※ 本稿は学生を対象とした講演会の原稿が元になっているため、基本的な事項の説明にまで紙面を割くなど、やや読みづらい箇所がある。この点につき、あらかじめお詫びを申し上げたい。

1 法益には2種の観念がある

1 法益保護主義という法益の観念

われわれは刑法学について議論する際、法益という言葉をししばしば用いる¹⁾。その意味は文脈に応じてさまざまであるが、ごく大雑把にいうと、2つに分けることができる。

第1は法益保護主義という法益である。ご存知のように、これは罪刑法定主義や責任主義²⁾と並ぶ、刑法学の基本原則とされるものであり、要するに、「刑法は法益を守らなければならない」ということである。もっとも、たいて

1) とはいえ近年においては、若手研究者の間でも、到底、流行りの研究テーマとはいえない。そのようななか、果敢にも、このテーマに取り組んだものとして、嘉門優の一連の作品がある。同「法益論の現代的意義——環境刑法を題材にして(1)・(2・完)」法学雑誌 50 巻 4 号 (2004) 934 頁以下、51 巻 1 号 (同年) 96 頁以下、同「法益論の現代的展開——法益論と犯罪構造」国学院法学 44 巻 4 号 (2007) 97 頁以下、同「法益論の現代的意義」刑法雑誌 47 巻 1 号 (2007) 36 頁以下、同「行為原理と法益論」立命館法学 327 号 (2009) 1616 頁以下、同「法益論の現代的意義」刑法雑誌 50 巻 2 号 (2011) 119 頁以下など。

2) 罪刑法定主義および責任主義の意味については、小林憲太郎「刑罰に関する小講義 (改)」立教法学 78 号 (2010) 355 頁以下で詳しく解説しておいた。

いの基本原則がそうであるように、その内容をよく理解するためには、それが積極的に何を求めているのかよりも、むしろ、それが何を排除しているのかという、裏側から考察してゆくことが有用である。そして、この「裏側」から法益保護主義をみてゆくと、それは「刑法は法益以外のものを守ってはならない」というに帰する。いうまでもなく、この「法益以外のもの」として想定されているのが、法益に対置された道徳である。結局、法益保護主義の具体的な中身は、「刑法は道徳を守ってはならない」という、「法と道徳の区別」のテーゼに収束するのである。

では、なぜ、このようなテーゼが維持されなければならないのか。それは、ごく簡単にいうと、道徳というものが、たとえ、それが世間の多数派が支持するものであったとしても、所詮は一定の価値観にすぎず、にもかかわらず、それを国家が法をもって強制することは、国家による個人に対する一定の価値観の押しつけとなる、それゆえ自律を侵害することとなるからである。そして、法益保護主義という法益について考察する際には、このような国家と個人の関わり合いという視点を、常に念頭においておかなければならない。学生が勉強する際の指針というレベルに引き直していうと、刑法総論の教科書の最初に書いてある法益保護主義について理解するためには、憲法の教科書もきちんと理解しておかなければならない、ということになろうか。

学説では法益が、立法を批判的に検討する力をもっているか（立法批判的法益概念）、それとも、単に解釈を指導する力しかもっていないのか（方法的法益概念）が、さかんに議論されている³⁾。しかし、ここまで述べてきたところからすれば、答えは明らかに前者である。法益は、立法が道徳を保護するものとなっていないかを、批判的に検討する力をもっている。これに対して法益が、いわゆる目的論的解釈をとおして解釈を指導するのは、比例原則のゆえであって、法益そのものの中身とは関係がない。たとえば法益が、特定の思想を価値が低いものとみなし、これを排斥する内容を有してしまっているかどうか

3) 後者を強力に主張するのがヒルシュである。Vgl. Hans-Joachim Hirsch, Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, in: Festschrift für Dionysios Spinellis, 2001, S.425ff. もっとも通説は前者であり、有力な支持者としては、後に引用するロクシンのほか、シューネマンがあげられる。Bernd Schünemann, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Roland Hefendehl u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S.133ff.

と、刑罰が法益を保護するのに必要最小限、かつバランスのとれたものとなるよう、法文を解釈すべきかどうかとは、厳密には関係がないのである。

さらに最近のドイツでは、シュトラテンベルト⁴⁾やヘーフェンデル⁵⁾が強力に主張する、「行態犯（Verhaltensdelikt）」というカテゴリーについても、さかんに議論がなされている（シュトラテンベルトに至っては、すべての犯罪が行態犯だとまでいう）。これは法益保護とは結びつかない、共同体の根底に根差した倫理的確信——ここまでの検討にならって表現すると、共通善ともいうべき価値観——をもって、その違背に可罰性を与えようとする試みである。たしかに近親姦やクローニングなど、いまだ研究が進んでいないがゆえに、そのような観念に頼らざるをえないケースもあるかにはみえる。そして、その根底には、法と道德の区別といっても、それは究極的には、一定の歴史や文化的伝統を有する特定の社会において、たまたま引かれた公私区分の境界を指すにすぎず、法による価値観の保護を廃絶することは、原理的に不可能だという発想がある。というより、そもそも政治的リベラリズムというのは、そのようなものであった。しかし重要なのは、一定の価値観を押しつけているのではないかと、常に恐れながら法を道德から切り離すことであって、上記のことから「それなら切り離さなくてよい」と結論づけるのは、まさに本末転倒である。周知のように、この本末転倒をドイツで行っているのがヤコプスであり⁶⁾、わが国でも支持者を増やしつつあるが、私には適切とは思われない。

以上、最新の議論まで追いかけてきたが、学生が法益論に関する本格的な研究をひも解けば、そこに載っているのは、ここまで述べてきたような事柄ではなくて、むしろビンディング⁷⁾とリスト⁸⁾の法益論に関する対立であろう⁹⁾。

4) Günter Stratenwerth, Zum Begriff des "Rechtsgutes", in: Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 377ff.; ders., Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Die Rechtsgutstheorie, S.255ff.

5) Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.

6) Günther Jakobs, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, in: Festschrift für Seiji Saito, 2003, S.17ff.

7) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.1, 2. Aufl., 1890, S.353ff.

8) Franz von Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche: Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre, ZStW6 (1886), S. 663ff.; ders., Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW8 (1888), S. 133ff. ただし、いわゆる共同体論の排斥を超えて、後の新カント主義に受け継がれた、法益を観念的な概念とする発想については、私は支持することができない。

ごく大雑把に言えば、後者が私の支持する見解であり、前者が私の批判してきた見解である。これに対して、法益概念史に関する最も重要な研究¹⁰⁾は、両者の対立を相対化しようとする。後者も究極的には前者と同様に、立法者による価値判断を免れないというのである。たしかに、法益の中身が具体的に、法を設定する民主的プロセスに先立って、あらかじめ定まっているとは限らない。たとえば、後でも述べる景観という法益を保護するにあたっては、議会における審議に先立って、保護すべき景観が「どのくらい美しい／汚くない」ものであるかが、あらかじめ定まっているわけではない。みなで十分に議論し、過半数による議決を経た結果、「景観のこの程度の美しさを、法によって保護しよう」ということになるのである。しかし、そのことと、立法者が価値判断を行い、法と道徳を混交していることとは、まったくの別物である。ここで立法者が行っているのは、あくまでも公共的な決定であり、少数個人を倫理的に劣った主体として、それゆえ不平等に扱っているわけではないのである。上記研究の依拠しようとするアメルンク¹¹⁾が、かかる公共的な決定の主体を自然法でも、文化的共同体でもなく、あくまで政治的共同体に求めているのは、まさにこの趣旨である。

2 刑法理論という法益（侵害・危殆化）という観念

法益の第2の意味は、不法の構成要素として、その侵害・危殆化を掲げるところにある。法益侵害・危殆化を不法から完全に放逐し、不法を行為規範違反のみで構成しようとする、いわゆる一元的行為無価値論にとっては、したがって、この第2の意味における法益は無用である。これに対して一元的行為無価値論も、今日、解釈論ないし立法論として主張しうるためには、第1の意味における法益にはコミットしなければならない。つまり、その違反が不法を構成する行為規範は、道徳を守るものであってはならないのである¹²⁾。

9) この対立については Peter Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962 が詳しいほか、ハードなパターナリズムを違憲とする Ioannis Gkoutis, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S.176ff. が、同じ理由で基本的に本稿と同様の立場から、歴史的な背景を含めて分かりやすく解説している。

10) 伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂・1984）。

11) Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, 1972.

たしかに歴史的には、一時期のヴェルツェルに代表されるように、第1の意味における法益にコミットしない（一元的）行為無価値論的発想も存在した。彼は制裁と規範、法益を区分し、制裁は規範の妥当を目的として科せられ、規範は法益を守るために設定されるが、道徳は法益ではなく規範そのものであるとした¹³⁾。これと行為無価値論が結びつき、社会倫理的な色彩を帯びた刑法が、道徳との混交をもたらしただのであった¹⁴⁾。わが国でも一時、有力になった、社会倫理規範違反をもって不法を構成する発想¹⁵⁾は、その系譜に連なるものである。また、わが国の有力な結果無価値論者が行為無価値論を批判する際にも、それがかつて法と道徳の混交に結びついた点を指弾した¹⁶⁾。

しかし、実は結果無価値論もまた法と道徳の混交に結びついた時期がある¹⁷⁾点を措くとしても、行為無価値論が法と道徳の混交に結びつくというのは、理屈のうえでは偶然的なものにすぎない¹⁸⁾。道徳から切り離された、（第1の意味における）法益を守るための行為規範というのは、十分に観念するこ

12) アルミン・カウフマンもツィーリンスキーも増田豊も、みな行為規範を道徳から切り離している。文献の引用の詳細については、小林憲太郎『刑法的帰責——フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』（弘文堂・2007）を参照されたい。

13) Vgl. Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935; ders., *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW58 (1939), S.491ff.

14) Vgl. Welzel, *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, in: *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, 1944, S.101ff.

15) この発想を展開した代表的な教科書として、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990）、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008）などがあげられる。

16) たとえば平野龍一『刑法総論』（有斐閣・1972）を参照。

17) そもそも（フォイエルバッハの権利侵害説に対して）法益侵害説を創唱したとされるビルンバウム自身、当時、すでに批判の強かった性犯罪（倫理的犯罪）や宗教犯罪までもが、法益——正確には、この言葉は使われていないが——を保護するものと解していたことに注意すべきであろう。Vgl. Johann Michael Franz Birnbaum, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, *Archiv des Criminalrechts* 15 (1834), S.149ff. またナチスの時代における、いわゆる「法益概念の精神化」の旗手とされるヘルムート・マイヤーも、たとえば同性愛の構成要件を性道徳という法益から説明した。Hellmuth Mayer, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, 1936, S.198ff. 同じく、結果無価値論に分類するのはミスリーディングであるが、法益と道徳の混交については、すでにあげたビンディングの著作も参照されたい。

18) この点を強調し続け、とうとうわが国の刑法学界における共通了解としたのは、井田良の一連の作品の功績である。なかでも最も重要なものとして、同『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005）を参照。

とができる。「人を殺すな」という行為規範も、「自動車を運転する際には飲酒するな」という行為規範も、道徳を守るためではなくて、人の生命を守るためのものである。そして、生命は（第1の意味における）法益の代表格である。

それでは、なぜ私は、（第1にとどまらず）第2の意味における法益にもコミットすべきである、さらに、二元的行為無価値論もまた不適切であり、第2の意味における法益（侵害・危殆化）だけで不法を構成すべきである、要するに結果無価値論が妥当である、と考えているのか。この点については、項を改めて述べることにしたい。

2 ここまで述べたことの具体的な展開

1 「道徳」でない法益の中身

第1の意味における法益は、いくつかに類型化することができる。むしろ、その類型化の方法にも、さまざまな種類のものがあり、一般的には、個人的法益、社会的法益、国家的法益を区分したり、それとは別に、環境犯罪やクロアニング処罰の保護法益を、独立に議論したりする。しかし、このような一般的な類型化は、一面では非常に有用ではあるものの、こと「法と道徳の区別」、そして、その根拠や趣旨を意識してなされたものではない。そして、この点を意識して、改めて法益を類型化するならば、次のようになろう。

第1は、人格の中核部分を構成する法益である。生命や身体の枢要部分、誰と性交するかにかかる性的自由などがその代表例である。これらを実効的に保護しない国家は、もはや国家としての最低限度の機能を果たしていない。裏からいえば、これらは、どのような国家においても、普遍的に法益だということになる¹⁹⁾。学界では法益が、前法的な、いわば自然法的内容を有しているかが、さかんに議論されている。それを肯定する主張の内容も——論者がそれを実意識しているかどうかは別として——実にさまざまであるが、法益、すなわち国家が法によって保護すべき生活利益という観念にコミットした瞬間、この第1の法益を法益として承認することが要請されるという意味では、自然法的内容を有しているといえなくもない。

19) なお生命に代表されるように、それを毀滅するという自己決定が、自己決定の内在的限界を超えるため、保障されないこともあるが、そのことと、生命が個人に属する利益であることは、もちろん両立しうる。これについては、たとえば小林憲太郎「被害者の同意の体系的位置づけ」立教法学84号(2012)188頁以下を参照。

第2は、同じく個人的法益ではあっても、そうした方が望ましいという観点から、個人に帰属するものとして、法により保護されているにすぎない利益である。たとえば財産権の内容は、法に先立って、ア・プリオリにその内容が定まっているわけではない。むしろ、だからといって、立法機関がなんらの指針、ベースラインもなく、勝手にその内容を決めてよいというわけではない。しかし財産権は、やはり生命などとは異なり、民主的討議を経て、その内容を、ある程度は自由に決定できるというのも、また否定しえない事実であろう。

第3は、第2と同じく、そうした方が望ましいという、ある種のザッハリッヒな判断によって、社会公共のものと構成される法益である。ここには、もちろんさまざまなものが含まれるが、最も分かりやすいのが、たとえば景観である。海洋汚染、大気汚染等をはじめとする、環境汚染の防止なども、同様に考えることができよう。そこでは、個人の利益が問題になるよう構成することが、事柄の本質に適していないため、社会的法益のかたちで定式化されるのである。このことを、もう少し分かりやすくみてみよう。

たとえば景観も個人的法益と同様、結局のところは個人のために保護される。良好な景観を眺めて感動し、あるいは心が落ち着くのは、つまるところは個人である。むしろ学説には、景観の保護が個人のためになるという側面を承認しつつも、景観の保護を正当化するのは、その側面ではなくて、むしろ景観それ自体に「個人のため」云々を超えた価値がある、という側面だと述べるものもある。その、ある意味で「美しい」主張は、理解しえなくはないが、個人のためのみに存在する国家が法により、「個人のため」云々を超えた価値を保護しようとするのは、原理的に許されないことである²⁰⁾。

もっとも、そうだからといって、たとえば景観に対する個人の権利という、いわば個人的法益のかたちで定式化し、景観を保護しようとしたのでは、景観は個人のためになるレベルでさえ保護されなくなる。

かりに個人が何かをしようとするとき、かかる権利を放棄しなければならないでしょう（商業ビラを街の電柱に貼りつけば、自分の目にも障る）。そのようなとき個人は、景観が自分のためになると思っている程度よりも、はるかに低

20) もちろんロクシンのいうように、将来世代という意味における個人を想定し、その利益を慮ることは、国家の役割の範囲内といえる。Vgl. statt vieler Claus Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S.573ff.

い程度にしかかかる権利に意義を認めないこととし、それを放棄してしまうであろう。つまり、個人は躊躇なくビラを貼る決意をする。しかし個人的法益として特徴づけられた、そのような個人限りでの低い位置づけしか景観に与えなければ、結局は街中にビラがあふれかえり、個人も「こんなことならビラ貼りを禁止してほしかった」と感じるであろう。

なぜこのようなことが起きるのか。そもそも景観に対する個人の権利などというものは、ふつうの個人的法益とは異なり、自身が重視して真剣にクレームしなくても、他者がそうしてくれさえすれば、自身の権利も保護されるという関係にある。しかし、その結果、みなが他者のクレームにただ乗りしようと考えると、クレームが過少になってしまう。つまり、景観の保護が不足してしまうからである。こうして景観は、社会的法益として保護した方が、実は個人のためになることが分かる²¹⁾。

以上をまとめると、社会的法益であっても、つまるところは個人のために保護される。ただ、個人的法益と構成することが、逆に個人のためにならないがゆえに、社会的法益とされているにすぎない。その意味では、マルクス²²⁾やハッセマー²³⁾、最近ではロクシン²⁴⁾の主張する、人格的法益概念が理論的に正しい。反対に、個人のことを思うあまり、社会的法益を個人的法益に還元しようとするのは²⁵⁾、風呂桶の水と一緒に赤子を流すようなものである。あるいは、いわゆる「被害者なき犯罪」の非犯罪化が叫ばれることがあるが、かか

21) 学界では保護法益としての環境に関し、純粹生態学的法益概念、純粹人間中心的法益概念、生態学的・人間中心的法益概念が対立させられ、おのおのの当否がさかんに議論されている。とくに伊東研祐と町野朔の論争が重要であるが、これについては、たとえば伊東『環境刑法研究序説』(成文堂・2003)、町野編『環境刑法の総合的研究』(信山社・2003)を参照。しかし、ここまで述べてきたところからも分かるように、それらはいずれも適切でない。まず1つ目は、「個人のため」を超えてしまっている。他方、しばしば誤解されているが、2つ目のみならず3つ目までもが、個別的な環境権を窃盗罪の保護法益である人の財産権とパラレルに位置づけることで、依然として個人に帰属する利益という発想にとらわれており、環境というものの本質をとらえ損なっている。社会的(ないし国家的)法益とは、まさに個人に帰属させられないことによって、「個人のため」を実現するものだからである。

22) Michael Marx, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut": Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972.

23) Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973.

24) Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S.135ff.

る犯罪が道徳を保護してしまっている場合を超えて、この意味での社会的法益を合理的に保護している場合にまで、非犯罪化の主張を及ぼすのも本末転倒であろう。

もちろん社会的法益といっても、それに対する侵襲が同時に個人に対してもそうなる、より正確にいうと、個人に対する侵襲と構成しても、個人の十分な保護につながるケースは、数多く考えられる。公共安全（社会的法益）を脅かす放火によって、同時に、周辺にいる個人も死にそうになるという場合が、その典型例であろう。しかし社会的法益というのは、個人に対する侵襲と構成すると、個人の十分な保護に対して刑罰が不足する窮状において、まさに持ち出される法形象である。それゆえ、個人に対する侵襲と構成しても十分な場合を想定して、社会的法益の無用性を説くのは、方法論的に誤っている²⁵⁾。

第4は、いわゆる国家的法益である。もっとも、この国家的法益というのは、これまでの法益とは、やや次元が異なっている。そもそも国家は、これまで述べてきた第1～第3の法益を保護するために、存在している（それらがすべて、つまるところ個人のために保護されていることも、同所で述べた）。そして、

25) わが国では、たとえば原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂・1991）を参照。他方、ドイツにおいては、ハッセマー・シュレーのなかにも、人格的法益概念を推し進めすぎるものがみられる。Vgl. Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 1991; ders., Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, GA 1992, S.76ff. これもまた適当とは思われない。なお、こういった、蓄積犯の保護対象である、いわゆる集合的法益（kollektive Rechtsgüter）を素材として、（その具体的な方法には疑問が残るものの）人格的法益理論の諸形態を分析した近時の文献として、vgl. Luís Greco, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S.199ff.

26) このことを的確に指摘するものとして、鎮目征樹「社会的・国家的法益」法律時報 81 卷 6 号（2009）66 頁以下を参照。鎮目は社会的・国家的法益を、具体的な個人的法益の保護へと解消しうる場合（公共危険罪はそのような理解が容易であるとする）と、「システム」自体を直接的な保護の対象とする場合とに分類し、前者については「法益保護のあり方は本質的に個人法益のそれと違いはない」としつつ、今後は後者「のような法益保護のあり方は、増えていくことが予想される」という。むろん、そうはいつでも前者が消滅するわけではなく、たとえば近時、新設された不正指令電磁的記録に関する罪は、「個人的法益の総体としての社会的法益を保護する類型」とされている。今井猛嘉「実体法の視点から」ジュリスト 1431 号（2011）67 頁。平たくいえば、コンピュータ・ウィルスによって、不特定または多数人に生ずる恐れのある損害ないしそのリスクをひっくり回して、同罪の処罰根拠とされているのである。ここでは、たしかに保護法益として、電子計算機におけるプログラムに対する公共の信頼が掲げられてはいるものの、その実体は、ただ乗りによって侵される通常の「信頼」法益とは異なり、むしろ公共危険罪の保護法益に近いものである点に注意を要する。

そういった国家の機能、あるいは、そういった機能を果たすために、さまざまに設けられている国家の制度が、まさに国家的法益を構成するという関係にある。比喩的にいえば、法益を保護する者（国家）もまた法益として保護することで、法益の保護を十分なものにすると、ということになる。そして、ここから重要であるが、国家的法益の特性は、まさにこの「メタ」という点に存在するにすぎないから、国家的法益が個人的法益として構成されないのは、第3の法益に関して述べたのと、実はまったく同じ理由によっているのである。これまた比喩的にいえば、市場がそうであると同様に、法や国家もまた究極的な公共財である、ということになる。

2 刑法理論の具体的な構造

すでに述べたように私は、第2の意味における法益（侵害・危殆化）だけで不法を構成すべきである、要するに結果無価値論が妥当である、と考えている。それは、「被害者がどのような損害をこうむったのか」→「それをやむをえないとする正当な理由があったのか」→「そうして確定された『悪い』事態を回避することを、行為者に期待しえたのか」という思考の様式が、第1の意味における法益を保護するにあたって、最も適しており分かりやすいと思うからである。

これに対して行為無価値論は、同じく第1の意味における法益の保護を目的に掲げるとしても、大きく分けて次のような批判を投げかけている。

第1に、結果無価値論は行為者に対して、どのように行動すべきかを、不法のレベルで提示することができない、という。しかし、私自身、すでに繰り返し述べてきたところではあるが、法益を保護すべく行為者にはたらきかけるために、それを、こと不法のレベルで提示しなければならない理由は、まったく存在しない。上述の結果無価値論の判断枠組みでも、まさに法益を保護すべくはたらきかけられる行為者だけが、抑止の対象として切り分けられている。

第2に、結果無価値論においては、一般人という観念の登場する余地が、完全に失われてしまう、という。しかし、それは端的に言って誤りである。行為無価値論が一般人ということで指し示そうとする実体は、結果無価値論においても同じように斟酌されている。すなわち、一般人に期待しえないような規範心理は、これを行為者に要求することが許されないし、また、一般人が行動の準則とするような社会生活上のルールは、違法性阻却（ないし、立法府があらかじめ保護の埒外と判断したと解される場合には、構成要件該当性阻却）の指針と

して考慮される。前者の例としては、漠然とした危惧感までもを真剣に受け止めろとはいえないし、後者の例としては、危険なスポーツの競技会を開催する際、まずは公式な団体の提示した安全基準を参照すれば足りるのであろう。

第3に、これは最近になって、主としてドイツの影響を受けていわれていることであるが、結果無価値論によると、純粋なルール違反を問責する必要があるとき、裏からいえば、行為により何か悪い事態が因果的に引き起こされたといえなくても、なお可罰性を確保する必要があるとき、それに適切に応えられない、という。これは周知のように、ヴォーラースの研究²⁷⁾がわが国に紹介されてから、たびたび指摘されるようになった点である。

もっとも彼が掲げるもののうち、法益保護の前倒しととらえられるもの（具体的危険性犯、予備犯）については、比例原則との関係で問題を生じるととどまる²⁸⁾。問題は先にもふれた、ただ乗り（フリーライド）によって侵襲される、社会的法益に対する罪（蓄積犯）の場合である。たとえばピラを1枚、電柱に貼っただけでは、景観が汚される抽象的な危険があったとさえいえない（ピラ1枚程度では、蓄積効果を考慮したとしても、なお刑罰に値しないという判断はありうるが、その点は措いている）。この点で、防火対策がまったくなされていないホテルを、1日だけ営業するのとは性質が異なる。後者においては、き

27) Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000. なお、とくに蓄積犯に関しては、vgl. schon Lothar Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324StGB), GA 1986, S. 389ff.; ders., Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105 (1993), S. 697ff. また、こと蓄積犯を念頭においたものではないが、（因果的にとらえられる）法益保護を超えた、（非因果的な価値そのものないし規範の妥当状態としての）行為無価値論的な倫理保護の余地については、とくに環境刑法の分野を中心に、伊東研祐が繰り返し指摘してきたところである。川端博ほか『《鼎談》環境刑法の課題と展望』現代刑事法 34 号（2002）4 頁以下の伊東発言を参照。

28) 予備犯というのは、たとえば銃砲刀剣類の販売など、それ自体が何か悪い事態を引き起こすというよりも、むしろ、それを他者が殺傷等に使用することによって、はじめて悪い事態を引き起こすタイプの犯罪である。たしかに、こちらは一見すると、後述する蓄積犯と同様に、他者のふるまいを前提としてはじめて、その可罰性の根拠を説明することができる、それゆえ、同様の問題をはらんでいるかにもみえなくはない。しかし予備犯においては、そういった他者のふるまいも、あくまで行為者自身が引き起こすのであって、ただ、現に引き起こす前の段階で、可罰性が生じることとされている、それゆえ、法益保護が前倒しされているというにすぎない。したがって、比例原則という括りを超えて、刑法理論上、議論すべき固有の問題があるとすれば、彼も実際に議論しているように、「他者はナイフを人殺しに用いないと信頼してよいか」という、いわゆる信頼の原則の限界であろう。

わめて低い確率ではあれ——だから「抽象的」危険という²⁹⁾——出火して、宿泊客が死傷する可能性があるのに対し、前者においては、ビラ1枚で景観が汚される可能性はゼロである³⁰⁾。ただ、みなが同じようなことをすると（ただ乗り）、景観が汚されるといえるにとどまるのである³¹⁾。そして、そうだとすれば、こういった場合には、行為による因果的な法益侵害ないし危殆化を観念しようがないのであるから、もはや「ビラを貼るな」という純粋なルール違反が、可罰性の実体を構成するとしかいいいようがない、よって行為無価値論に頼るほかない、といわれるのである。

この批判に取り組む際に、まず押さえておかなければならないのは、当たり前前のことではあるが、「ただ乗りは結果無価値論から説明しにくいから、処罰すべきでない」という推論過程を、絶対に採用してはいけないということである。すでに述べたように、ただ乗りには処罰すべき実体が備わっており、これを処罰することは、第1の意味における法益保護の目的に照らしても、きわめて合理的である。にもかかわらず、そういった目的を実現するのに適しているという理由から採用されたはずの、結果無価値論という思考様式が、ただ乗り

29) もっとも、さまざまな学説が主張するように、そして、本稿のここまでの記述だけからでも明らかなように、「抽象的」危険の意味は、もちろん、これに尽きるわけではない。たとえば、すぐ前の注にみたように、刑法的介入が前倒しされるケースを指して用いられることも多い。これらの詳細およびその理論的構造については、とくに山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会・1982）が明快であり、最近の研究としては、たとえば金尚均『危険社会と刑法——現代社会における刑法の機能と限界』（成文堂・2001）を参照。

30) 学説には法益たるの資質として、因果的な変更可能性を掲げるものもある。これは景観などといった抽象的なものから、法益としての資格を奪うことを企図しているのかもしれない。たしかに法益が、その状態を因果的に悪化させられるものでなければならないというのは、そのとおりである。しかし景観とて、みながビラを1枚ずつ貼ることによっては、因果的に変更することが可能である。景観の保護において看取しうる特徴は、したがって、法益がおよそ因果的に変更不可能なことではなくて、こと処罰対象となる行為によっては、それが因果的に変更不可能なことであるにすぎない。しかも、それは後者、すなわち公共危険罪に代表されるように、究極的には個人的法益に対する罪に還元しうる場合に配置された、社会的ないし国家的法益に対する罪全般、それゆえ蓄積犯全体について、同じくいいうることなのである。

31) 危険が小さいとか時間的に遠いなどという以前に、国家ないし社会的法益を守るための正当防衛（国家緊急救助等）を、カテゴリー的に排除しようとする向きが強いのも、おそらく、国家が一括禁止してはじめて意味をもつただ乗りを、私人が個々の強制的にやめさせる権限を承認することが、むしろ安全という公共的利益を脅かし、適切でないと感じられるからであろう（むしろ危険が大きいとか時間的に近いなどというのも、この安全保護の観点から要求されるものである）。また秤が逆転するほどの特殊な状況があれば、国家緊急救助等も正当化される余地がある。

処罰の禁止というかたちで、かかる目的実現の桎梏になるというのでは、目的と手段が逆転してしまっているからである³²⁾。

そうすると、残された道はただひとつ、第1の意味における法益と第2の意味におけるそれとを切り離し、たとえば景観が前者に相当するとともに、ビラ貼りが後者に相当すると解するほかはない。つまり、ただ乗りが刑法理論における、固有の結果無価値を構成し、その客観的に帰属可能な惹起が、処罰の対象となる行為を構成することになる。あとは通常の結果無価値論の考え方と同じである。

もちろん、このように刑法理論の意義を（第1の意味における法益の保護という目的に照らして）相対化するのであれば、ここでだけ行為無価値論を採用するという選択肢も、ア・プリオリに排斥されるわけではない、との意見も聞かれるかもしれない。実はそのとおりである。ただ私は、上述のように結果無価値論を修正する方が、ここ限りとはいえ、行為無価値論の難点³³⁾を流入させるよりも、害が少ないと考えている。このように私は、体系間の利益衡量によって、結果無価値論を維持すべきだと考える。

最近では英（米）独の比較法的研究も進み、いわゆる“Harm principle”と法益論との関係が、議論の主題に上ることも多くなってきた³⁴⁾。わが国においては伝統的に、しばしば結果無価値論が前者のコロラリーとされてきたため、

32) 今日のわが国で最も有力な結果無価値論者は、バスや列車の（文字どおりの意味における）ただ乗りについて、「運賃（に係る債務）の免脱」を観念しうる場合を除き、「確かに不正に役務を取得した犯人は非難に値するが、被害者には一体どのような被害が生じたといえるか疑問である。被害者に生じた被害を問題としないのは……過去のものとなったはずの倫理主義的理解に他ならない。したがって、いかなる被害が被害者に生じたかを問題とせざるをえない」と述べる。山口厚「財産上の利益について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題（第1巻 第1編 理論編・少年法編）』（立花書房・2011）133頁。論者のこれまでの筆致からすれば、ここにいる「倫理主義的理解」こそが、行為無価値論を指しているのであろう。そして本稿における私の主張は、論者のいう意味における被害を観念しえなくとも、処罰が合理性を備える場合に登場するのが、社会的ないし国家的法益という考え方であり、たしかに、それに対する侵襲を、伝統的な結果無価値論そのままの定式によって構成するのは困難であるが、だからといって、その処罰が倫理主義に陥るわけではない（また、そうでないと、論者をはじめとして、倫理主義の排斥を掲げて結果無価値論を唱える者は、社会的ないし国家的法益に対する罪を、承認できなくなってしまう）、というにある。

33) 私がここまで述べてきたのは、行為無価値論の標榜する利点を、結果無価値論も享受するということである。これに対して、行為無価値論の抱える積極的な難点については、別稿、たとえば小林・前掲『刑法的帰責——フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』を参照されたい。

これは非常に興味深い傾向であるといえよう。もっとも、たしかに“Harm principle”と法益論との間には共通点も多いが、前者はただ乗りをうまく説明できない点で、やや問題があると思われる。また前者を拡張する原理として、“Offence principle”があげられることもあるが、こちらは法と道徳の混交に至るおそれがあり、別の問題を含んでいる。結局、法益論や結果無価値論は、それ自体として、その妥当性を論証しなければならないと思われる。

3 残された課題——とくに法益保護主義との関係で

以上で一般的な法益の考え方に関する説明を終える。あとは、それを前提としながら、どのような法益が道徳との区別において問題をはらんでいるのか、あるいは刑法理論、ことに結果無価値論を、どのようにリファインしてゆけばよいのかを、さらに研究してゆく必要がある。もっとも、後者に関しては研究が進んでいるものの、前者に関しては、それが必ずしも伝統的な刑法学の範疇に収まらないためか、真剣に研究に取り組もうとする者が過少である。しかし、まさに（第1の意味における）法益の立法批判機能が象徴的に示すように、具体的な刑事立法や裁判所による法文の解釈において、前者の研究の成果が必要とされるケースは非常に多い。そこで、以下では箇条書き的に、しばしば道徳との混交が問題とされる法益の例を、簡単な解説とともに掲げておくことにしたい。ただし、本稿の主たる読者として想定されるのが学生であること、および、私自身の考えも、いまだきわめて不十分であることから、解説は単純かつ暫定的なものとならざるをえない。

感情³⁴⁾。感情は、法益が擁護されていることに対する合理的な期待としてのみ保護されるのであって、それを保護することが、国家による少数者の価

34) Vgl. z.B. Andrew von Hirsch, Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”, in: Die Rechtsgutstheorie, S. 13ff.; Petra Wittig, Rechtsgutstheorie, “Harm Principle” und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in: Die Rechtsgutstheorie, S.239ff.; Kurt Seelmann, Rechtsgutskonzept, “Harm Principle” und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, in: Die Rechtsgutstheorie, S.261ff.; Nina Peršak, Criminalising harmful conduct: The harm principle, its limits and continental counterparts, 2007. というより前者自体、ファインバーグの研究によって、議論がさかんになったというべきである。See Joel Feinberg, Harm to others, 1984. ただし、彼のいう“Harm principle”は、その基礎づけにおいても、その適用においても原型から離れ、すでに本稿の考える法益論に近い。たとえば、リーガルモラリズムの排除（根源的平等、多元主義）が基礎になるとともに、ただ乗りにも拡張適用されるという。

値観の否定となる場合には、もちろん感情を（第1の意味における）法益とすることはできない。後者の例としては、たとえば「（特定少数の）宗教を信仰している人があるのは嫌だ」という感情を、法によって保護することは許されない。もっとも前者にしても、通常は、感情の保護などという迂遠な経路をたどらずとも、より直截的に、それが擁護されていることに対して合理的な期待が生ずべき法益そのものを、守っておけば足りるケースがほとんどである。そもそも感情を保護しようとするのは、法益を保護するだけでは不十分だと感じられるからであるが、法によって制限されるのが一般的な行動の自由にとどまる限り、その処罰が法益の保護にとって、ある程度、合理的関連性のあるふるまいを、包括的に構成要件に取り込むことも、絶対に許されないわけではない。たとえば動物の虐待は——動物そのものの利益とか、人から切り離された生物環境、隣人も動物を好きでいてほしいという感情など、本稿で排斥してきた法益を除けば——動物への加害が弱者としての人への加害を想起させるため、こうした嫌悪感情を根拠に、その可罰性が説明されるのが一般である。このように感情が持ち出されるのは、人への加害の蓋然性が、完全には科学的に実証されていないことに配慮したものである。しかし前述したように、たとえば人を守るためであったとしても、動物の虐待を処罰する際に、こうした厳格にすぎない実証は、必ずしも要求されないというべきである。

信頼。感情の場合と同様に、法益が保護されていることに対する合理的な期待は、ただちに法益としての資格を失うわけではない。もっとも、再び感情の場合と同様に、その侵害を独自に構成要件化しなければならないのは、ある種の「異常事態」であって、相当に周到な論証が必要である（私はかつて、このことを、「お作法」に反する解釈には、特別な理由が必要だと解説したことがある）。これに対して講学上、公共の信用とよばれているもの——たとえば通貨に対する公共の信用——は、蓄積犯における一括禁止によって保護される、法益の原則的な形態のひとつである。すなわち、通貨の偽造・行使を放っておけば、「偽1万円札を1枚、流通に置いて、（回り回って自分が）困るリスクよりも、

35) 感情の法益性は、わが国で議論の俎上に載せられることは稀であるが、ドイツ（やその影響を受けた国々）では、きわめてさかんに論じられる主題である。最近でも、vgl. Enrique Gimbernat Ordeig, *Rechtsgüter und Gefühle*, GA 2011, S.284ff.; Klaus Volk, *Gefühlte Rechtsgüter?*, in: Roxin-FS (80. Geburtstag), S.215ff.

現時点で1万円分、買い物ができるメリットの方がはるかに大きいから、偽1万円札を1枚、偽造・行使しよう」などと考える輩が出てくる。そして偽1万円札が1枚、流通に置かれたところで、円滑な通貨システム(=通貨に対する公共の信用)そのものに対するリスクは、ほとんどないに等しい(原田保をはじめとして、個人的法益に還元しようとする努力は、この点に着目して、偽貨行使の相手方に保護法益を見出そうとする)。しかし、そういった輩がどんどん出てくると、世の中は偽貨であふれかえり、結局は個々人のレベルにおいてさえ、通貨の偽造・行使を一括禁止した場合に比べて、マイナスの方が大きくなってしまふであろう。こうして、通貨に対する公共の信用という法益を保護するため、通貨の偽造・行使が処罰されることになる³⁶⁾。

わいせつ。わいせつ規制は、しばしば、国家による一定の社会倫理の押しつけとなってはならず、年少者の健全な育成(自律の涵養)と、個人の「見たくないものを見ない」自由保護の観点からのみ、正当化されうると解されている。そして最近では、前者は承認しうるとしても³⁷⁾、後者はわいせつに限ったことではないとして、疑問を呈する向きもある。そうすると、おそらくは、わいせつ表現が典型的にもっている公共的な価値の低さと、それを規制したときに生じる自由制限の類型的な少なさを、あわせて斟酌しなければならないと思われる。そして一般的な理解によれば、たとえば芸術作品のような例外的なケースにおいては、そもそもわいせつに該当しないことになる(いわゆる定義づけ衡量)。

死者。この問題については、死者に対する敬虔感情など、社会的法益に訴えるものが多い。しかし少なくとも、その一定部分については、むしろ生前の人の合理的な期待の保護という意味で、個人的法益から説明する方が適している

36) さらに、その法定刑からも分かるように、蓄積犯であるとの一事をもって、たとえば(ドイツにおける、いわばミニ刑罰としての)秩序違反に落とすべきであるなどとはいえない。そのような主張は、蓄積犯という法形象を承認する論者によってさえなされることがあるが、刑罰権行使に対する比例原則の適用に際して、蓄積犯を個人的法益に対する罪(ないし、それに究極的に還元可能な、公共危険罪などの不真正な社会的法益に対する罪)と混同するものであって、妥当でないと思われる。

37) もっとも、より最近では脳科学の発達により、自律は涵養されるというよりも、むしろシナプスの結合を減らし、いわば「型に嵌められ」るのだ、という理解が浸透しつつある。アリソン・ゴブニック [著] 青木玲 [訳] 『哲学する赤ちゃん』(亜紀書房・2010)などを参照。

と思われる。とくに犯罪の成否（ないし訴訟条件）において、故人の（推定的）意思が決定的な意味をもつ場合には、そのようにいいうるであろう³⁸⁾。

遺伝子操作がないこと。基本的には、遺伝子操作される人の発達可能性が、法益の実体である。それゆえ、重大な遺伝性疾患を回避するための遺伝子治療は、法益に対する侵襲を構成しないと解される。一部には、「神の領域に手を出した」ことに、法益に対する侵襲を求める向きもあるが、何を神の御業ととらえるかは、まさに信仰ないし価値観の問題であろう。また遺伝子操作による、人智を超えた種全体、ひいては生態系への影響の恐れを問題にする立場は、いまだ（動物の虐待に関して述べた）合理的関連性さえ示していないと思われる。もっとも、クローニングとなると話は別で、私は、こちらを規制することには理由があると考えているが、その詳細については、まだ詰め切れていない。

ソドミーがないこと。今日では典型的な（許されない）感情の保護だといわ

38) これに対しては、とくに死者の名誉毀損罪（刑法 230 条 2 項）を念頭において、「死者の名誉を保護法益と解しても、そこで保護されているのは、結局のところ、生前の名誉を死後も保護してもらいたいという社会一般の感情であろう」という批判がある。佐伯仁志「住居侵入罪」法学教室 362 号（2010）99 頁注 14。しかし、個人の「生前の名誉を死後も保護してもらいたい」という利益を保護することが許されないのに、そのような利益を守ってほしいという社会一般の感情を保護することは許されるというのは、私には背理に思える。結局、論者の「死者を法益主体と認めることには疑問がある」という発想、すなわち、法益侵害時に法益主体の存することが必要であるという発想は、自説の桎梏にもなりうると同時に、そもそも個人的法益の本質的な内容が、人格の中核部分を構成するか、あるいは、個人に処分をゆだねた方が、全体として社会的厚生を増加させる点に尽きていることに、十分な注意を払う必要がある。それゆえ、いわゆる「死者の占有」の論点において窃盗罪の成立を否定すべきなのは、「死後も勝手にポケットを探られない」という合理的な期待を保護することが原理的に許されないからではなくて、あくまで、窃盗罪の保護法益である「占有」の侵害が認められないからであるにすぎない（ただし、論者は住居侵入罪においては、むしろ保護法益を——しかも、個人的法益が現実には侵害されていなくても、侵害されたと周囲が感じさえすれば侵されるような、社会の信頼という社会的法益を含むかたちで——拡張することにより、死者の居宅への立入りに同罪〔邸宅侵入罪〕の成立を肯定しており、それが妥当でないことは前述した。また実際にも、論者の言に反し、上記社会的法益への侵襲を観念しうるのは、住居権者が存在しない場合に限られないから、たとえば、〔現存する〕住居権者が立入りに許諾しているにもかかわらず、そのことが外部から認識不可能な場合にまで、しかも原理的には、そのような許諾を与えた住居権者自身にさえ、同罪〔の共犯〕が成立することになってしまい、その帰結は著しく不当と思われる）。

れている。ソドミーが処罰されないのは、したがって、倫理的に無色になったからではなくて、法による道德の強制を避けるためである。現に獣姦は、今日でも反倫理的だととらえられているであろうが、やはり処罰されるべきではない。もっとも、同じ反倫理的といわれる姦淫であっても、近親姦となると話は変わってくる。こちらについては私自身、いまだ態度を決めかねており、さらに研究を進めてゆかなければならないと考えている。クローニングが個人の存在形態を根幹から揺るがすと同様に、近親姦は（広義の）家族という制度の中核を浸食するものである。それらは通常いうところの「道德」問題を超えており、法益という範疇でその可罰性を説明する方策が、今後も探られるべきだと思われる（これに対してヘーフェンデールは、すでに述べたように、このきわめて限定された領域においてのみ、行態犯という範疇を承認している）。